

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA  
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIAS**

**RAYSSA FÉLIX DE SOUZA**

**O RECONHECIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO  
PENAL BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA PRISÃO  
PREVENTIVA**

**JOÃO PESSOA  
2019**

**RAYSSA FÉLIX DE SOUZA**

**O RECONHECIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO  
PENAL BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA PRISÃO  
PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa do Centro de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Ms. Lenilma Cristina  
Sena de Figueiredo Meirelles.

**JOÃO PESSOA  
2019**

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

S729r Souza, Rayssa Felix de.

O RECONHECIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA  
LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO  
INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA / Rayssa Felix de Souza.  
- João Pessoa, 2019.  
52 f.

Orientação: Lenilma Cristina Sena de Figueiredo  
Meirelles.  
Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Direito Penal do Inimigo. 2. Política Criminal. 3.  
Prisão Preventiva. I. Meirelles, Lenilma Cristina Sena  
de Figueiredo. II. Título.

UFPB/CCJ

RAYSSA FÉLIX DE SOUZA

**O RECONHECIMENTO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO  
PENAL BRASILEIRA: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO DA PRISÃO  
PREVENTIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Graduação em  
Direito de João Pessoa do Centro de  
Ciências Jurídicas da Universidade  
Federal da Paraíba como requisito parcial  
da obtenção do grau de Bacharel em  
Direito.

Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Ms. Lenilma Cristina  
Sena de Figueiredo Meirelles.

**DATA DA APROVAÇÃO: 07 DE MAIO DE 2019.**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Prof<sup>ª</sup>. Ms. LENILMA CRISTINA SENA DE FIGUEIREDO MEIRELLES  
(ORIENTADORA)**

---

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA  
(AVALIADOR)**

---

**Prof<sup>ª</sup>. Ms. ANA KAROLINA SOARES BEZERRA CAVALCANTI  
(AVALIADORA)**

*Aos meus catedráticos da vida: **mãe, avó materna e irmãos**, que desde o desabrochar da minha existência me conduziram ao caminho do conhecimento (não menos o do saber), ensinando-me a importância do estudo, do esforço e, sobretudo, da fé.*

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço à Deus pelo dom da vida renovada e por sua infinita bondade para comigo, que, além de permitir a realização de sonhos, como esse da graduação, me sustentou nos dias mais excruciantes da minha existência.

Em seguida, à minha amada mãe, Maria, a quem devo todas as minhas conquistas, inclusive essa, pois foi através das suas braveza e atividade laboral, literalmente suada, que as oportunidades se fizeram presentes em minha vida – antes e durante a graduação. Agradeço, sobretudo, pelos ensinamentos transmitidos, mormente aqueles que dizem respeito à uma formação moral e à necessidade de se enxergar a vida pelas lentes da fé e da humildade.

À minha avó materna, Edite, cujos cuidados e amor incessantes para comigo, principalmente durante a infância e adolescência, foram cruciais para quem sou hoje.

Aos meus irmãos: Bruno – por ser a minha figura paterna e a quem devo, sinceramente, o despertar da minha formação cultural e intelectual, e, a Rany – por ser o meu porto seguro desde o dia em que nasci e me compreender como ninguém seria capaz.

Agradeço, especialmente, à Professora Lenilma Meirelles, minha orientadora neste trabalho de conclusão de curso e, também tutora na monitoria de Direito Processual Penal I, no ano de 2018, tendo despertado em mim, ainda mais, a paixão pelo Direito, mormente pelo processo penal e, sobretudo, a admiração pelo exemplo de mulher e profissional que ela é. Obrigada por tudo que me proporcionou e transmitiu durante esse ciclo.

Por fim, e não menos importante, agradeço aos verdadeiros amigos que construí no decorrer da graduação – dentro e fora da universidade, em especial à Aretha, que conheci durante o estágio no Ministério Público Federal e a quem externo meus sinceros agradecimentos e carinho por toda paciência e nessa etapa final (eu sei que não foi fácil, menina!).

SOUZA, Rayssa Félix de. **O Reconhecimento do Direito Penal do Inimigo na Legislação Penal Brasileira**: Considerações acerca do Instituto da Prisão Preventiva. 2019. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Faculdade de Direito de João Pessoa, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019.

## RESUMO

O presente trabalho tem por desiderato analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo a partir da concepção do seu precursor, o jurista alemão GUNTHER JAKOBS. Essa formulação teórica, cuja natureza é de política criminal, tem como principal característica estabelecer a distinção entre pessoa (cidadão) e não-pessoa (inimigo) e, por consequência, defender a existência de dois tipos de Direito Penal. De um lado, um direito penal que oferece todas as garantias materiais e processuais para o infrator da norma tido como cidadão; do outro lado, um direito penal que não confere sequer as mais básicas garantias individuais constitucionais ao infrator considerado inimigo. A esse, aplica-se tão só uma “legislação de guerra”, cuja justificativa paira na chamada prevenção geral positiva. A partir da análise desse polêmico fenômeno, fruto do expansionismo penal e denominando pela doutrina de “terceira velocidade do Direito Penal”, buscar-se-á demonstrar a sua incidência na legislação penal brasileira, especificamente no que diz respeito ao instituto da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal brasileiro). Sobre o instituto, serão tecidas considerações que evidenciam a sua semelhança com o Direito Penal do Inimigo, a saber, 1) combate à impunidade; 2) caráter punitivo; 3) periculosidade do agente; 4) reiteração delitiva; 5) garantia da ordem pública; 6) antecipação da pena; e, 7) satisfação pública. Pela análise empreendida, pode-se verificar que, não obstante, referida política criminal seja incompatível com um Estado Democrático de Direito, mormente: a) a adoção do “modelo punitivista” que não visa combater fatos, mas sujeitos; b) a sua incidência capaz de suprimir e relativizar direitos e garantias constitucionais conquistadas após um longo e árduo percurso histórico; c) o retrocesso a um processo penal de natureza inquisitorial; d) flexibilização dos direitos humanos; e) ausência de penas proporcionais; f) ovação ao estado de polícia. Mesmo diante de todas essas circunstâncias, conclui-se que tal modelo de política criminal é presente em vários ordenamentos jurídicos vigentes. Ainda que anule o próprio direito, o denominado Direito Penal do Inimigo é reconhecido no Estado Brasileiro de maneira (quase) discreta, uma vez que a sua adoção do ponto de vista formal/oficial é/seria inconstitucional. Por outro lado, percebe-se que as principais características desse instituto ganham, cada vez mais, espaço na legislação penal brasileira, especialmente com a crescente demanda por medidas enérgicas para o combate à criminalidade organizada e para atender aos anseios de justiça reivindicados por um discurso daqueles que pensam que fazer justiça é eliminar ou isolar o *inimigo*. Por fim, para a realização do presente trabalho, a metodologia utilizada foi a bibliográfica.

**Palavras-chave:** Direito Penal do Inimigo. Política Criminal. Prisão Preventiva.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ART – ARTIGO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CP – CÓDIGO PENAL

CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

DP – DIREITO PENAL

DPI – DIREITO PENAL DO INIMIGO

EUA – ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

LEP – LEI DE EXECUÇÃO PENAL

RDD – REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>2 O FENÔMENO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>11</b>
2.1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DPI NA CONSTRUÇÃO DE GUNTHER JAKOBS .....	14
2.1.1 DO FUNCIONALISMO SISTÊMICO AO SURGIMENTO DA TEORIA DO DPI	15
2.1.1.2 FUNDAMENTOS DE LEGITIMIDADE.....	19
2.1.2 AS FASES DO DPI: UMA CONTRADIÇÃO JAKOBSIANA.....	23
2.1.3 A DEFINIÇÃO DE INIMIGO: PESSOA OU NÃO PESSOA? .....	23
<b>3 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA .....</b>	<b>26</b>
3.1 CONCEITO E HISTÓRICO .....	27
3.2. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA .....	30
3.2.1 O QUE SIGNIFICA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA? .....	33
3.2.2 RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS PARA FINS DE PRISÃO PREVENTIVA: SIMILITUDES COM O DPI .....	35
<b>4. BREVES CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>42</b>
4.1 INCOMPATILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	42
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>50</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Nunca é demasiado frisar que o Direito Penal e o Processo Penal atuais evidenciam uma forte e inquietante crise. Ambos, utilizados como instrumentos, são apresentados meramente como expressão do poder político estatal, ganhando, cada vez mais, uma atuação deturpada no que diz respeito às suas reais funções e finalidades. Isso, na tentativa de se combater o crescente aumento da criminalidade e visando atender os anseios de uma sociedade que clama progressivamente por segurança e justiça.

Diante desse cenário, verifica-se a expansão de um direito punitivo<sup>1</sup>, caracterizado por uma dogmática pura voltada para o Direito positivo e que tem conduzido à imposição da obediência por parte dos destinatários, sendo obrigatória e soberana para uns, e inúteis para outros. Tudo isso sob um capote normativista descomedido.

Nesse diapasão, surgem postulados de política criminal, dentre os quais se destaca o objeto do presente trabalho, o chamado “Direito Penal do Inimigo”, concebido pelo emérito jurista alemão Gunther Jakobs.

Essa formulação teórica, diretamente associada ao expansionismo penal<sup>2</sup> e não obstante ter surgido pela primeira vez em meados da década de 80, é, hodiernamente, um dos assuntos mais polêmicos na seara do direito penal e processual penal, tendo a sua incidência reconhecida no ordenamento jurídico de alguns países ocidentais. Inclusive, do Brasil.

Jakobs (2008) defende a existência de dois tipos de Direito Penal: de um lado, um direito penal (do cidadão) que oferece todas as garantias materiais e processuais para o infrator da norma tido como *cidadão*; do outro lado, um direito penal (do inimigo) que não confere sequer as mais básicas garantias individuais constitucionais ao infrator considerado *inimigo*. A partir disso, estabelece-se uma distinção: pessoa e não-pessoa.

O inimigo, em apertada síntese, é aquele que se afasta do Direito de maneira permanente e não oferece quaisquer garantias de que se manterá fiel a norma. A

---

<sup>1</sup> Nesse sentido cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 40 e ss.

<sup>2</sup> Id. Ibid., pp 33 e ss.

principal característica do indivíduo assim considerado é a periculosidade, que é demonstrada através do seu comportamento incompatível com o complexo social/normativo do meio em que vive e, por isso, só lhe cabe um tipo de tratamento: o de “guerra”.

Essa “legislação de guerra” é baseada nos três elementos fundamentais característicos do Direito Penal do Inimigo, quais sejam, a) o amplo adiantamento da punibilidade, b) penas previstas desproporcionalmente altas e c) garantias processuais suprimidas.

No bojo dessa discussão, o presente trabalho tem por objetivo analisar a respectiva teoria e reconhecê-la enquanto política criminal adotada no Brasil, especificamente no que diz respeito ao instituto da prisão preventiva (artigo 312 do Código de Processo Penal Brasileiro).

Será abordado, no primeiro capítulo, o contexto e o desenvolvimento históricos do fenômeno denominado Direito Penal do Inimigo, pontuando-se a sua conceituação e suas principais características e fundamentos, a fim de se compreender de que maneira esse postulado político criminal ganhou e ganha espaço nas discussões de todo o mundo acerca da sua possível (i)legitimidade.

No segundo capítulo, buscar-se-á realizar um breve estudo sobre o instituto da prisão preventiva, no Brasil, levando-se em consideração, sobretudo, a sua atual instrumentalidade, qual seja, a de ser utilizada – equivocadamente - como antecipação de pena ou para fins de combate à criminalidade (ou, ao criminoso). É nesse aspecto que se demonstrará o reconhecimento do Direito Penal do Inimigo na legislação penal brasileira frente as similitudes de ambos institutos.

Por fim, no último capítulo, serão tecidas algumas críticas ao fenômeno do Direito Penal do Inimigo a partir de concepções que são fundadas no garantismo penal, e que, acima de tudo, reconhecem que a supressão e relativização dessas garantias despersonalizam o ser humano, mormente aquele que está facilmente propenso a ser assim reconhecido. Nesse ponto, não é difícil recordar um passado de trevas e injustiças, no qual cidadãos eram privados da condição de pessoa tão somente em razão de suas características ou de sua personalidade. A Cadeia de Aljube<sup>3</sup>, por exemplo, não nos deixa calar.

---

<sup>3</sup> No Rio de Janeiro, em 1830, existia o Calabouço, local destinado a açoite, prisão e guarda de escravos. Além dele, existia o Aljube, considerado ainda pior, era a cadeia para escravos e não escravos. Muitas vezes, os presos que ali ficavam em condições desumanas não eram registrados e

Urge salientar que, para fins de metodologia, utilizou-se de ferramentas que tiveram como foco uma análise bibliográfica, objetivando embasar o objeto e os objetivos do presente trabalho e, assim, compreender o alcance da teoria do Direito Penal do Inimigo no cenário brasileiro sob um olhar crítico doutrinário.

---

muito menos haviam sido condenados. Na verdade, não estavam bem determinados crimes e penas, sendo estas aplicadas segundo o livre pensar do magistrado. (BAJER, 2002, p. 24)

## 2 O FENÔMENO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

O que se denomina de Direito Penal do Inimigo, surge, com essa terminologia, pela primeira vez, a partir de meados da década de 80 (JAKOBS, 1985). Nessa época, Jakobs adota uma postura descritiva do DPI, e apropria-se do termo “inimigo”. Este, em linhas gerais, seria o indivíduo que não possui direitos e garantias em razão do seu comportamento (supostamente).

Nota-se, em um primeiro momento, que essa conceituação nos parece demasiado familiar. Isso porque tal “particularidade” é presença constante na história das civilizações e das sociedades, desde às mais primitivas até às mais contemporâneas.

Nesse sentido, um cenário no qual extrai-se a existência de categorias humanas, dentre as quais se encontram indivíduos que são privados da condição de pessoa e, em razão disso, recebem um tratamento distinto-negativo pelos diversos setores da sociedade, não é uma novidade desse século ou do século passado. Infelizmente, não o é.

O inimigo é caracterizado pelo perigo que oferece à sociedade (JAKOBS, 2008), sobretudo segundo a ótica da coletividade (e do Estado). Ao ser assim reconhecido, justifica-se a privação de alguns direitos e garantias, principalmente se comparados com os cidadãos, isto é, “pessoas”. Legitima-se, portanto, a atuação de um Estado autoritário a fim de que se garanta uma suposta segurança aos cidadãos – ou pessoas propriamente ditas e que, portanto, não oferecem risco à ordem pública nem à manutenção pacífica social.

Esse postulado de política criminal ganha uma maior força nas últimas décadas, em decorrência, sobretudo, dos ataques terroristas e do aumento do crime organizado, os quais geraram uma onda de insegurança e de medo em proporção mundial. Nesse aspecto, Jakobs faz referência, inclusive, ao fatídico atentado terrorista contra às Torres Gêmeas nos EUA, ocorrido em 11 de setembro de 2001<sup>4</sup>.

Em razão dessa conjuntura, mormente ao passo em que a criminalidade e a violência crescem de maneira desordenada e o Estado falha na contenção ou diminuição dessa problemática, o Direito Penal ganha, em seu âmbito, uma nova roupagem. Ou melhor, ganha um maior protagonismo sobretudo no que diz respeito

---

<sup>4</sup> GÜNTHER, Jakobs, Direito Penal no inimigo: noções e críticas - Günther, Jakobs,, Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3. ed. – Porto Alegre: Livrado do Advogado Ed. 2008. p. 36

ao surgimento de políticas criminais com característica de expansionismo penal (MELIÁ, 2008), objetivando atender os anseios da sociedade por mais proteção e segurança estatais, por exemplo.

Hassemer (1999), no bojo dessa discussão, afirma que o destinatário de todas as exigências da opinião pública que se sente ameaçada pela violência é o direito penal, incluindo o processo penal.

Com isso, extrai-se que os países passaram a adotar medidas legislativas extremamente repressivas e restritivas de direitos, tolhendo a liberdade individual de determinadas pessoas, sendo impossível não admitir a ampliação de um poder punitivo feroz, legitimado pela necessidade de se enfrentar *o perigo* representado pela figura do *inimigo*. Trata-se, sem pairar dúvidas, de um fenômeno que aparece de forma bastante acentuada nos dias de hoje.

A figura desse punitivismo exacerbado é crescente principalmente nos países centrais e periféricos.

Nessa esteira, ainda sobre o avanço do Direito Penal, bem como a respeito da tese do DPI, prudente é o pensamento de Bonho (2006):

a tendência do Direito penal moderno a um aspecto simbólico cada vez maior e necessidade de tornar-se mais efetivo frente às novas formas de criminalidade moderna, acarretaram uma administrativização do Direito, e o surgimento novas formas de pena, mais brandas que a pena de prisão, e em decorrência uma possível flexibilização das regras de imputação e princípios e garantias processuais, como já fora demonstrado anteriormente. Porém, constata-se, com a tese do Direito Penal do Inimigo, uma outra tendência - ou talvez seria melhor dizer previsão - do Direito Penal moderno, a total exclusão dos direitos e garantias processuais dos indivíduos classificados como inimigos, caracterizando uma nova velocidade do Direito Penal.<sup>5</sup>

A aplicação de um Direito Penal sem uma veia garantista, mais severo, sob a justificativa de uma “justiça” mais célere e que atua prol da coletividade, alegando a manutenção da Ordem Pública por parte do Estado (aqui, por exemplo, depreende-se um dos fundamentos para a decretação da prisão preventiva, no Brasil) e que, para

---

<sup>5</sup> BONHO, Luciana Tramontin. Noções introdutórias sobre o direito penal do inimigo. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006 . Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/8439/noco-es-introdutórias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>. Acesso em: 30 de mar. 2019.

atender esse fim, tolhe direitos e garantias individuais de determinados infratores, é considerado, por alguns penalistas, adoção legítima na medida em que a criminalidade aumenta e o sentimento de impunidade, da sociedade, ganha manifestações alarmantes (através da mídia, por exemplo).

A premissa acima é o esqueleto do Direito Penal do Inimigo.

Nessa linha, muitas denominações no que diz respeito ao “corpo” do DPI são apontadas pela doutrina, dentre as quais podemos mencionar a terceira velocidade do direito penal e o direito penal do autor.

A respeito da Terceira Velocidade do Direito Penal, alguns esclarecimentos são necessários para se compreender o DPI à luz desse preceito.

Como já mencionado, o professor Silva Sanchez<sup>6</sup> ao discorrer sobre a expansão do direito penal divide-o em três velocidades: direito penal de primeira, segunda e terceira velocidade.

Recordemo-nos, *a priori*, que o Direito Penal possui duas categorias de ilícitos penais. Em um ilícito nós temos cominada a pena privativa de liberdade, no outro, a sanção de penas alternativas às privativas de liberdade, ou seja, penas restritivas.

Para Silva Sànces (2013), a primeira velocidade do Direito Penal remonta a um direito formal que se utiliza preferencialmente das penas privativas de liberdade. No entanto, as clássicas regras de imputação e as garantias fundamentais são mantidas. Já na segunda velocidade do Direito Penal, extrai-se duas tendências: a flexibilização proporcional de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão.

Na terceira velocidade do Direito Penal encontra-se o Direito Penal do Inimigo. No Direito Penal de terceira velocidade insere-se a doutrina do Direito Penal do Inimigo, construído à luz da conjunção de características da primeira e da segunda velocidade do Direito Penal, apropriando-se de maneira legítima da pena privativa de liberdade e permitindo, por outro lado, a flexibilização de garantias materiais e processuais. Sobre o tema, Alexandre Rocha afirma:

A teoria jakobsiana do 'Direito Penal do Inimigo' é a concretização mais específica do direito penal de terceira velocidade: o modelo clássico onde a pena por excelência é a prisão, mas com a manutenção absoluta de garantias penais e processuais iluministas (primeira velocidade do Direito Penal), dá lugar a uma mitigação da pena

---

<sup>6</sup> Op. cit., p 34 e ss

privativa de liberdade ainda que a custa do devido processo legal (segunda velocidade do Direito Penal), chegando a um momento que se conjugam a flexibilização de garantias penais e processuais penais e se resgata a pena privativa de liberdade (terceira velocidade do Direito Penal).<sup>7</sup>

O assunto não escoa por aí. O próprio Jakobs reconhece que a sua teoria não é compatível com o Direito Penal do Fato, que é oposto ao Direito Penal do Autor e cuja similitude com o postulado objeto do presente trabalho é inefável. No primeiro caso, a aplicação de uma pena frente ao sistema punitivo é efetivada em razão do fato cometido. Já no segundo, contrariamente, no direito penal do autor, a punição está intrinsecamente relacionada a “forma de ser” do agente. Sendo assim, esses institutos tratam de maneira diferente a culpabilidade.

Desta feita, a culpabilidade do fato seria a reprovação do ato praticado pelo homem, levando-se em conta o que ele fez e sua capacidade de autodeterminação; já, frente à culpabilidade do autor, o que se reprova é o agente, o tipo de pessoa, a sua personalidade.

Sobre o assunto, Claus Roxin:

Por Direito Penal do fato se entende uma regulação legal, em virtude da qual a punibilidade se vincula a uma ação concreta descrita tipicamente e a sanção representa somente a resposta ao fato individual, e não a toda a condução de vida do autor ou aos perigos que no futuro se esperam do mesmo. Ao contrário, se tratará de um penal do autor quando a pena se vincule à personalidade do autor e seja a sua antissocialidade e o grau da mesma que determinem a sanção.<sup>8</sup>

Comparativamente, teríamos: O Direito Penal do Cidadão enquanto Direito Penal do Fato; e o Direito Penal do Inimigo enquanto Direito Penal do Autor. Neste último caso, ambos incompatíveis com os postulados de um Estado Democrático de Direito, considerando-se, ainda, a esfera internacional de proteção aos direitos humanos.

Nesse aspecto, é prudente mencionar que o direito penal do autor tem a sua máxima no nazismo, no qual fundamenta-se a aplicação da pena pelo “ser” e não pelo fato. Desse modo, o DPI relembra esse infeliz episódio: é uma nova “demonização” de alguns grupos delinquentes (GOMES, 2010).

<sup>7</sup> MORAES, A. A Terceira Velocidade do Direito Penal: O ‘Direito Penal do Inimigo’. 2006, p.19.

<sup>8</sup> ROXIN, C. Funcionalismo e Imputação Objetiva no Direito Penal. 2002, p.60.



Sobre as várias denominações ao instituto em questão, o assunto não se encerra por aqui, contudo, vamos no ater, a seguir, ao desenvolvimento do DPI na construção do pensamento de Jakobs.

## 2.1 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO DPI NA CONSTRUÇÃO DE GUNTHER JAKOBS

### **2.1.1 Do Funcionalismo Sistêmico ao Surgimento da Teoria do Direito Penal do Inimigo**

O Direito Penal surge como instrumento de controle social que objetiva resolver os conflitos na mesma medida em que procura evitá-los (BITENCOURT, 2014). Possui, por sua vez, como verdadeira finalidade a proteção dos bens jurídicos considerados essenciais e relevantes para a sociedade, de modo que essa proteção esteja em total consonância com o respeito à dignidade da pessoa humana (SANTOS, 2009).

Depreende-se, à luz da explanação supra, o que se denomina Direito Penal Democrático.

Uma das mais importantes características do direito penal é justamente o seu caráter fragmentário, isto é, o de ser aplicado em último caso, apenas quando todos os demais ramos do direito forem insuficientes para a solução do conflito. Representando-se enquanto *ultima ratio*, ainda, pela forma como exercita essa solução e proteção dos bens e interesses da sociedade e do indivíduo, caracterizando-se, quanto à forma, pela aplicação de sanções específicas conforme a culpabilidade do agente (BITENCOURT, 2014).

Feita essa breve exposição, sem maiores aprofundarmos dos institutos que alimentam o DP, vamos adentrar, agora, no “mundo penal” do maior referencial teórico utilizado neste trabalho acadêmico.

Para Jakobs (1997), o Direito Penal é um instrumento de manutenção da ordem jurídica, assim como a pena é sempre uma reação frente à violação da norma. Ele sustenta, nesse aspecto, que a função precípua do direito penal é o de

justamente proteger a norma e só subsidiariamente tutelar os bens jurídicos mais fundamentais<sup>9</sup>.

A premissa acima é fruto da radicalização sistêmica funcional proposta por Jakobs numa perspectiva diferente daquela que é apresentada por Roxin, ainda que – para ambos – a concepção de direito penal esteja estritamente relacionada à norma.

A tese funcionalista criada por Jakobs e que possui suas raízes no funcionalismo sistêmico do sociólogo Niklas Luhmann, consiste, em suma, em considerar que a função, ou melhor, a finalidade do direito penal é a manutenção da vigência da norma – através do comportamento esperado conforme as expectativas sociais. Nesse ponto, a norma passa a ser a autoridade máxima do direito penal, devendo ser respeitada em sua integralidade.

É através do respeito à norma e da validade fática desta, que a proteção aos bens jurídicos relevantes ao indivíduo e à sociedade é atingida. A própria compreensão do direito penal é levada aos extremos quando o conceito de bem jurídico perde, de maneira substancial, o seu conteúdo e função (BITENCOURT, 2014).

Nessa ótica, para Jakobs, o fim da pena é o de manter a vigência da norma. Para tanto:

A pena é coação; é coação – aqui só será bordada de maneira setorial- de diversas classes, mescladas em íntima combinação. Em primeiro lugar, a coação é portadora de um significado, portadora da resposta ao fato: o fato, como ato de pessoa racional, significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo; significa que a afirmação do autor é irrelevante e que a norma segue vigente sem modificações, mantendo-se, portanto, a configuração da sociedade. Nesta medida, tanto o fato como a coação penal são meios de interação simbólica, e o autor é considerado, seriamente, como pessoa; pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal), 2010. Disponível em: < <http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 23 de mar. 2019.

<sup>10</sup>JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 22

Surge, nessa esteira, um direito de repressão capaz de relativizar determinadas garantias de sujeitos específicos (SANTOS, 2009). É o chamado Direito Penal do Inimigo, um novo modelo punitivo proposto por Jakobs (2008) capaz de distorcer a função garantista do direito penal.

A Teoria do Direito Penal do Inimigo fundamenta-se necessariamente na separação que há entre o Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, isto é, fazendo uma distinção entre pessoas e não pessoas, sujeitos de direitos e sujeitos de não direitos.

Uma característica predominante da teoria em questão é exatamente a neutralização de determinados indivíduos<sup>11</sup>, que seriam os denominados de “não-pessoas” ou de “inimigo”, assim considerados por não oferecer garantias cognitivas suficientes de comportamento dentro do ordenamento jurídico.

Em outros dizeres, ou melhor, em poucas palavras, o inimigo é aquele que se afasta do Direito, violando a norma e demonstrando não ser fiel a esta, principalmente em face da reincidência (JAKOBS, 2008). Nesse caso, são exemplos, os terroristas, os que cometem crimes sexuais e os criminosos econômicos.

O autor, a propósito, cita o fatídico ataque terrorista às Torres Gêmeas nos EUA, ocorrido em 11 de setembro de 2001, como manifestação inequívoca de um ato típico de inimigo (GOMES, 2010).

Nos tópicos seguintes, a conceituação de inimigo será esclarecida. Para tanto, nesse momento, vamos nos ater ao surgimento da teoria do DPI a partir de suas principais características.

### **2.1.1.1 Principais Características do Dpi**

Frente à necessidade proeminente de demanda de segurança e por meio das bases jurídicas e filosóficas (no tópico a seguir tratadas) utilizadas por Jakobs, (re)surge a figura do Direito Penal do Inimigo, introduzida pelo jurista alemão a partir de um conceito doutrinário.

Essa teoria se fundamenta em três elementos essenciais que caracterizam a sua personificação, quais sejam, a) a antecipação da tutela penal e a punição dos atos preparatórios; b) a relativização das garantias penais e processuais; e, a) a

---

<sup>11</sup> Nesse sentido cf. SANTOS, Admaldo Cesário dos. Direito penal do inimigo e culpa jurídico-penal: o problema da responsabilidade pelo livre-arbítrio, Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 25.

desproporcionalidade das penas. A seguir definidos.

Acerca do amplo adiantamento da punibilidade presente na teoria de Jakobs, há de se mencionar a perspectiva do ordenamento jurídico-penal desenvolvida por ele no sentido de ser prospectiva, e não retrospectiva. Para Jakobs, o ponto de referência não é o fato passado, mas os fatos futuros. A punição antecede o fato pois aplica-se em caso de situações que venham/possam ocorrer. Há, nesse aspecto, o adiantamento ou antecipação da tutela penal a atos tão somente preparatórios.

Contudo, Jakobs (2003) legitima essa conduta frente à necessidade de garantir – principalmente – proteção e segurança ao cidadão.

Ademais, essa punibilidade reconhecida antecipadamente está associada à inobservância de princípios básicos como o da ofensividade, da exteriorização do fato, da imputação objetiva, de medidas de flexibilização da prisão em flagrante, e com o uso desmedido de ações preventivas e cautelares.

Na esfera do Processo Penal Brasileiro, o reflexo da concepção ora descrita encontra respaldo na decretação de prisão preventiva, art. 312 do CPP, objeto do capítulo 2 deste trabalho.

A supressão ou relativização de garantias diz respeito ao cerceamento de determinados direitos constitucionalmente previstos ao indivíduo considerado inimigo. Este, por sua vez, fica privado de direitos e garantias, sejam elas materiais ou processuais. Não apenas no cumprimento da pena ele é tratado diferentemente, mas, também, durante todo o processo de conhecimento. O próprio Estado assim o reconhece. Afinal, a maior pretensão deste é eliminar o perigo, o risco. Nesse ponto:

De novo, **como no Direito material, as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas.** Neste contexto, **pode bastar uma referência à incomunicabilidade, isto é, à eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com o seu defensor, evitando-se riscos para a vida e integridade física ou liberdade de uma pessoa.** Agora, este somente é um caso extremo, regulado pelo Direito positivo.<sup>12</sup> (*grifo nosso*)

No tocante às penas desproporcionais, é importante lembrar que, para Jakobs (2008), pena é coação. A partir disso, a pena para ele não possui fins sociais mas sim o de desempenhar a função garantidora das expectativas normativas. É

---

<sup>12</sup> JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 40.

diante desse fundamento que o Estado adota as medidas tanto preventivas, no sentido da punição antecipada, como altas, e de penas severas e desproporcionais frente à gravidade do fato praticado ou prestes a ocorrer.

Por outro lado, se faz prudente apresentar, resumidamente, as características e os desdobramentos práticos do instituto do Direito Penal do Inimigo à luz do entendimento do professor e penalista brasileiro Luiz Flávio Gomes:

(a) o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança; (b) não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade; (c) as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro); (d) não é um Direito Penal retrospectivo, sim, prospectivo; (e) o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação; (f) o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o status de pessoa; já o inimigo perde esse status (importante só sua periculosidade); (g) o Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma; o Direito Penal do inimigo combate preponderantemente perigos; (h) o Direito Penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios; (i) mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal; (j) quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma); em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.<sup>13</sup>

À luz do que se narra supra, é possível afirmar que O Direito Penal do Inimigo busca, pela *eleição* – e posterior neutralização – de indivíduos considerados perigosos, assegurar (uma falsa) segurança aos cidadãos, quando, em realidade, retiram-se os direitos fundamentais destes. Inegavelmente, esse fenômeno se irradia pelos ordenamentos jurídicos do mundo, mormente em países periféricos, e busca legitimidade principalmente no discurso positivista de resolução das problemáticas voltadas para um suposto controle social.

### **2.1.1.2 Fundamentos de Legitimidade**

---

<sup>13</sup> GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal), 2010. Disponível em: < <http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

Ao justificar a aplicação do direito penal do inimigo enquanto mecanismo de contenção de novas ameaças e redução de violência frente ao mundo globalizado<sup>14</sup>, o professor alemão, Jakobs, busca apoiar-se em bases filosóficas de natureza contratualista, as quais fundamentam as perdas de garantias em razão do descumprimento normativo.

Antes mesmo de iniciarmos a discussão sobre o suporte filosófico de Jakobs para fins de justificativa do uso do DPI, faz-se necessário tecer algumas pontuações.

Inicialmente, quando o ser humano deliberou viver em sociedade, submeteu o seu comportamento pessoal a um conjunto de normas positivas, aptas a regular sua vida social, por consequência, e garantir os valores essenciais para a harmonização dessas relações. Assim ensina Beccaria:

o homem sacrifica parte de sua liberdade por interesses pessoais, tendentes a satisfazer suas necessidades, desta forma, a melhor maneira de apaziguar suas necessidades, com segurança, é viver em grupos. Mas para pacificar os conflitos, inerentes ao ser humano, é necessário seguir condições, ou seja, leis, capazes de garantir as tais necessidades.<sup>15</sup>

A par disso, extrai-se que o conjunto de normas encontradas no ordenamento jurídico integram o que se denomina Direito, que, por sua vez, tem a função (ou finalidade) de estabelecer um vínculo entre os titulares de direitos e deveres. Em contrassenso, o Direito penal do inimigo estabelece a relação com o denominado “inimigo” que não é norteadada pelo Direito, mas pela autorização do Estado para empregar a coação (JAKOBS, 2008). E a coação mais contundente do Direito é aquela que diz respeito ao Direito Penal, por certo.

O raciocínio-lógico estabelecido por Jakobs é totalmente distinto daqueles conferidos ao sistema penal atual. Contudo, a construção da sua teoria possui raízes filosóficas que visam justificar, bem como fundamentar a sua legitimidade.

Jakobs dedica um tópico específico em sua obra<sup>16</sup> ao fazer menção aos filósofos que seriam os precursores do DPI. O primeiro filósofo a ser citado é Rousseau, que afirma que qualquer infrator que ataque o direito social deixa de ser

---

<sup>14</sup> Sobre essa terminologia, necessariamente frente ao Direito Penal, cf. GOMES, Luiz Flávio. O direito penal na era da globalização. BIANCHINI, Alice. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

<sup>15</sup> BECCARIA, C. Dos Delitos e das Penas. 2001, p.10.

<sup>16</sup> GÜNTHER, Jakobs, Direito Penal no inimigo: noções e críticas - Günther, Jakobs., Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3. ed. – Porto Alegre: Livrado do Advogado Ed. 2008. pp. 25 e ss.

automaticamente membro do Estado, mormente por estar contra ele ao infringir o contrato. Nesse sentido:

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rousseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixe de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. A consequência diz assim: ao culpado se lhe faz morrer mais como inimigo que como cidadão<sup>17</sup>.

Na mesma linha de pensamento, Jakobs invoca Fichte que afirma, em sentido restrito, que aquele que abandona o contrato cidadão, perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, passando para um estado de ausência completa de direitos.

Contudo, Jakobs afirma não seguir a linha de raciocínio de ambos os filósofos. Isso porque a sua tese mantém dentro do Direito o criminoso, uma vez que o delinquente poderá voltar a adequar-se com a sociedade, devendo proceder à reparação dos danos causados, daí o amparo em mantê-lo dentro da órbita jurídica. No caso do delinquente considerado cidadão. Para tanto, vejamos:

Não quero seguir a concepção de Rosseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: por um lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa, de cidadão, em todo o caso: sua situação dentro do Direito. Por outro, o delinquente tem o dever de proceder à reparação e também os deveres têm como pressuposto a existência de personalidade, dito de outro modo, o delinquente não pode despedir-se arbitrariamente da sociedade através de seus atos.<sup>18</sup>

Em outra esfera, Jakobs cita Hobbes, afirmando que este tinha consciência da situação supramencionada. Para Hobbes, o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, esses status, exceto no caso de alta traição. Este motivo ensejaria uma mudança brutal na situação e o traidor deveria ser castigado como um inimigo:

---

<sup>17</sup> Id. Ibid., p. 25-26

<sup>18</sup> Id. Ibid., p. 26.

De maneira plenamente coerente com isso, HOBBS, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, o seu status. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súbditos, mas como inimigos.<sup>19</sup>

Outra roupagem filosófica utilizada pelo professor alemão é a concepção Kantiana, que constitui o seguinte: quem ameaça constantemente a sociedade e o Estado, ou seja, quem não aceita um estado comunitário-legal, mas, sim, age em um estado de natureza, deve ser tratado como inimigo.

Na vertente kantiana, toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra a entrar numa constitucional cidadã. Dessa maneira, quem não participa das exigências do Estado, ou melhor, de um estado comunitário legal, deve retirar-se, significando que deve fatalmente ser expelido, ou – como pontua Jakobs<sup>20</sup>, impelido à custódia de segurança, não tratado como pessoa, mas sim como inimigo (em razão da inobservância contratual).

Além dessa excursão filosófica para fins de legitimidade da aplicação e do reconhecimento do direito penal proposto por Jakobs, qual seja, o direito penal que se divide em dois tipos, um para o cidadão, e o outro, para o inimigo, faz necessário pontuar a semelhança entre essas linhas filosóficas e o postulado jakobsiano aqui discutido:

Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um direito penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito Penal do Cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o direito penal do inimigo é o Direito em outro sentido. Certamente, o Estado tem direito a procurar segurança frente a indivíduos que reincidem persistentemente na comissão de delitos. (...)

**O Direito Penal do Cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do Inimigo é daqueles que constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. (grifo nosso)<sup>21</sup>**

---

<sup>19</sup> Id. Ibid., p. 27.

<sup>20</sup> Id. Ibid., p. 28.

<sup>21</sup> Id. Ibid., p. 30.



### **2.1.2 As Fases do Dpi: Uma Contradição Jakobsiana**

Em 1985, em um congresso realizado na cidade de Frankfurt, Gunther Jakobs utiliza a expressão *direito penal do inimigo* pela primeira vez. Na ocasião, o jurista manifesta um posicionamento crítico ao instituto em questão. Ele demonstra, inclusive, uma certa preocupação em razão da tendência à punição por antecipação, em se tratando o agente de um inimigo<sup>22</sup>, naquela época.

O professor alemão expõe aos presentes no evento que, na Alemanha, já existia o Direito Penal do Inimigo, pois a aplicação de várias leis não respeitava os princípios básicos do direito penal.

A partir desse momento, distintas construções teóricas são desenvolvidas a respeito do que se consideraria Direito Penal do Inimigo, inclusive, pelo próprio Jakobs que, em 1999, em um seminário em Berlim, declara que unicamente aqueles que se comportam como *peessoas* poderão ser tratados como cidadãos. Aduz que aquele que tiver um comportamento contrário, deverá ser privado da cidadania, de modo a ser transformado em inimigo. Isto é, não-pessoa.

A partir de então, de maneira mais contundente no ano de 2003, após o atentado terrorista às torres gêmeas nos EUA, pelo grupo Terrorista Al-Qaeda, em 11 de setembro de 2001, Jakobs passa a legitimar e justificar a aplicação de direito penal do inimigo<sup>23</sup>, determinando duas categorias de seres humanos e reafirmando esse posicionamento ao definir vagamente o que é e quem é o inimigo.

### **2.1.3 A Definição de Inimigo: Pessoa ou não Pessoa?**

Em linhas gerais, para Jakobs (2008) o inimigo é aquele que não se submete ou não admite “integrar” o Estado e, por esse motivo, não deve usufruir do status de cidadão, fazendo com que seus direitos e garantias sejam relativizados.

É por esse motivo que, o fato de um indivíduo assumir um comportamento dissonante com o comando dispositivo, acarreta, na ótica jakobsiana, em: antecipação da punição; desproporcionalidade das penas e relativização de certas garantias processuais; e, conseqüentemente, a criação de leis que sejam mais

---

<sup>22</sup> SILVA, Ivan Carlos da. O direito penal do inimigo. Disponível em: <http://unisinós.br/blogs/ndh/2013/07/29/o-direito-penal-do-inimigo/>. Acesso em 1 de abril de 2019.

<sup>23</sup> Derecho Penal del enemigo, Jakobs, Gunther e Cancio Meliá, Manuel, Madrid: Civitas, 2003)

severas direcionadas a atingir o “inimigo”.

Nota-se, em um primeiro olhar, que o que é combatido não é o fato ou o comportamento em si, mas o sujeito. Seria, nos dizeres do professor Luiz Flávio Gomes (2010) e como bem sublinhado por Cancio Meliá<sup>24</sup>, para além de um direito penal simbólico, um exemplo (ou ressurgimento) de Direito Penal do Autor, que pune o agente pelo o que ele é em contraposição com o Direito Penal do Fato, que pune o agente pelo o que foi praticado/cometido.

Vê-se, dessa forma, a diminuição do espaço do sistema punitivo garantista para aquele indivíduo que não permite ingressar no estado de cidadania. Se não é uma “pessoa” ou “amigo do Estado” ou “cidadão”, não poderá usufruir dos benefícios advindos desses conceitos. Logo, o inimigo não é um sujeito processual (GOMES, 2010) e, portanto, não conta com direitos processuais, como por exemplo, o de se comunicar com o seu advogado.

Segundo Jakobs (2003):

Além da certeza de que ninguém tem direito a matar, deve existir também a de que com um alto grau de probabilidade ninguém vá matar. Agora, não somente a norma precisa de um fundamento cognitivo, mas também a pessoa. Aquele que pretende ser tratado como pessoa deve oferecer em troca uma certa garantia cognitiva de que vai se comportar como pessoa, sem essa garantia, ou quando ela for negada expressamente, o Direito Penal deixa de ser uma reação da sociedade diante da conduta de um de seus membros e passa a ser uma reação contra o adversário.<sup>25</sup>

Esse pensamento é, adiante, corroborado, na sua obra *Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas*, afirmando, por sua vez que:

quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas” [...] “Como já se tem indicado, Kant exige a separação deles, cujo significado é de que deve haver proteção frente aos inimigos.”<sup>26</sup>

<sup>24</sup> Ob. Cit., p. 64 e ss.

<sup>25</sup> JAKOBS, G. *Sociedade, norma e pessoa*. 2003, p.175.

<sup>26</sup> GÜNTHER, Jakobs, *Direito Penal no inimigo: noções e críticas* - Günther, Jakobs., Manuel Cancio Meliá; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 3. ed. – Porto Alegre: Livrado do Advogado Ed. 2008. p. 42.

Nesse contexto, o cidadão, segundo Jakobs (2008), pode cometer delitos de maneira incidente e da mesma maneira manifestar reprovação de condutas no seio social em que vive, entretanto, permanece vinculado às normas. Ao oferecer segurança cognitiva suficiente através de seu comportamento pessoal, esses indivíduos são considerados *peessoas* e, portanto, devem usufruir desse status por meio das garantias e direitos que lhes são inerentes.

Assim, aquele que infringe a lei e é chamado para restaurar o equilíbrio da vigência normativa, o que se dá por meio de sua submissão a uma sanção penal, reafirma a finalidade da norma, logo, não é tido como perigoso.

Percebe-se, nesse esteio, que nem todo delinquente é um adversário do ordenamento jurídico, pois mesmo tendo praticado um delito a pessoa que é capaz de prestar um comportamento esperado pela sociedade, não se afastando do Direito e, portanto, não representado um perigo para o Estado. A esse, seus direitos são mantidos. Inclusive, aplicando a pena. Ao inimigo, aplica-se medida de segurança – o que Jakobs (2008) denomina de custódia de segurança.

Frente ao que se expõe acima, não precisamos ir muito longe para identificar a violação a vários princípios norteadores do processo penal, tais quais os que reafirmam que sua natureza não é tão somente instrumental (AURY, 2016).

### 3 O INSTITUTO DA PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva prevista nos arts. 311 *usque* 316 do CPP constitui uma modalidade de prisão cautelar cuja natureza é processual (RANGEL, 2018). Como medida cautelar, visa prevenir a ocorrência de danos enquanto não encerrado o processo penal, ou seja, visa tutelar o processo e, portanto, destina-se a garantir a prova ou a eficácia da aplicação da lei penal.

É uma instrumentalidade que se dirige à garantia do normal desenvolvimento do processo e, em decorrência, a eficácia do poder de penar.

Essa *cautelaridade* supramencionada pode ser compreendida a partir da leitura dos dispositivos constitucionais que se aplicam ao tema. Para tanto, vejamos o disposto no art. 5º, incisos LVII e LXI da Constituição Federal de 1988:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Extraí-se do o art. 5º, LVII, o princípio da presunção da inocência, o qual determina, enquanto regra, a liberdade do acusado durante todo o processo. Sendo assim, somente é possível considerar o réu culpado e restringir a sua liberdade após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Com efeito, o art. 5º, LXI prevê a possibilidade de prisão mediante ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Trata-se, claramente, de autorização dada pela Constituição para a decretação de prisões preventivas.

Por outro lado, o dispositivo deve ser interpretado conjuntamente o com o inciso LVII, que garantiu ser a liberdade individual do acusado regra frente ao processo penal. Assim, a medida tem caráter excepcional, somente podendo ser adotada mediante decisão judicial concretamente fundamentada.

Na prática, as prisões preventivas estão sendo decretadas como um verdadeiro instrumento de combate à criminalidade, o que justificaria a sua “antecipação penal”.

É nesse sentido que Ferrajoli<sup>27</sup> afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de

---

<sup>27</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão...*, p. 776.

prevenção geral e especial e retribuição. Como sabido, a prevenção geral e especial nos remete, inquestionavelmente, aos postulados jakobsianos.

Na linha de raciocínio do DPI, podemos considerar que:

A prisão preventiva acabou sendo inserida na dinâmica da urgência, desempenhando um relevantíssimo efeito sedante da opinião pública pela ilusão de justiça instantânea. O simbólico da prisão imediata acaba sendo utilizado para construir uma (falsa) noção de “eficiência” do aparelho repressor estatal e da própria Justiça. Com isso, o que foi concebido para ser “excepcional” torna-se um instrumento de uso comum e ordinário, desnaturando-o completamente. Nessa teratológica alquimia, sepulta-se a legitimidade das prisões cautelares. O problema, portanto, não é legislativo, mas cultural, em decorrência da mentalidade inquisitorial e do espetáculo que permeia os atores jurídicos.<sup>28</sup>

Frente a premissa acima, veremos a seguir o conceito pormenorizado do instituto da prisão preventiva e de que maneira a sua instrumentalidade tem sido distorcida, aproximando-se, cada vez mais, de um direito penal de “prevenção geral positiva”<sup>29</sup>, alinhando-se ao que se denomina Direito Penal do Inimigo.

### 3.1 CONCEITO E HISTÓRICO

A prisão preventiva está caracterizada pela restrição da liberdade, de forma cautelar, ou seja, sua natureza não é de pena. Tal instituto é aplicado para assegurar o andamento da ação penal em razão da existência de algum motivo que possa dar a entender ao juiz que restaria prejudicada a ação, caso o querelado permanecesse livre.

---

<sup>28</sup> JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Moraes. **O Caso do Ex-presidente Michel Temer e a Distorção da Prisão Preventiva**. Conjur: Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/limite-penal-michel-temer-distorcao-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 de março de 2019.

<sup>29</sup> “(...) Na atual busca de novas hipóteses de legitimação para a pena surge na doutrina alemã o resgate da função de prevenção geral positiva, fundada na necessidade de manutenção de expectativas comportamentais normativas (...) HEGEL (1770 1831) define crime como negação do direito e pena como negação da negação e, portanto, como reafirmação do direito uma antecipação de dois séculos da prevenção geral positiva de JAKOBS, da pena como afirmação da validade da norma (...) Revela-se oportuna a crítica teórica a esta proposta, bem como a indicação de seus efeitos, os quais são manifestamente contrários à concepção de Direito Penal mínimo.” Extraído de DIETER, Maurício Stegemann. **Breve crítica à da prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs**. Disponível em: <http://www.criminal.mppr.mp.br/pagina-525.html>. Acesso em 30 de março de 2019.

Tem natureza temporária, podendo encerrar em virtude de decisão condenatória, na qual o condenado passaria de prisão preventiva para pena restritiva de liberdade e só então começaria a cumprir a pena estabelecida. Por sentença de absolvição, em que o réu seria libertado, pois não restariam verificados indícios de autoria e materialidade. Por estarem presentes os requisitos da liberdade provisória, podendo responder em liberdade até a ocorrência do julgamento, ou por outro motivo que permita a liberdade do preso preventivamente.

A doutrina afirma que a prisão preventiva surgiu no Brasil em 23 de maio de 1821, por meio de Decreto. Dois motivos foram apontados como decisivos para a regulamentação: primeiro, para garantir a segurança das pessoas; e segundo, para que não houvessem prisões determinadas por motivos arbitrários, visto que os juízes, magistrados e governadores mandavam prender com frequência por mero descontentamento (Prado, Luiz Regis; Diego Prezzi Santos/2018).

O Decreto supramencionado previa que:

[...] nenhuma pessoa livre no Brazil possa jamais ser presa sem ordem por escripto do Juiz, ou Magistrado Criminal do territorio, excepto sómente o caso de flagrante delicto, em que qualquer do povo deve prender o delinquente. Ordeno em segundo logar, que nenhum Juiz ou Magistrado Criminal possa expedir ordem de prisão sem preceder culpa formada por inquirição summaria de tres testemunhas, duas das quaes jurem contestes assim o facto, que em Lei expressa seja declarado culposo, como a designação individual do culpado; escrevendo sempre sentença interlocutoria que o obrigue a prisão e livramento, a qual se guardará em segredo até que possa verificar-se a prisão do que assim tiver sido pronunciado delinquente (BRASIL/1821).

Assim, o disposto no Decreto promulgado em 1821 pretendeu regular a prisão para que não fosse decretada de forma arbitrária, inclusive, estipulando que três testemunhas fossem ouvidas para formar uma “culpa”, para só então expedir ordem de prisão, que só pode ser estipulada por meio de sentença interlocutória.

No entanto, havia previsão de que essa prisão decretada fosse mantida em segredo até que a ação ocorresse e o réu fosse declarado culpado ou inocente. Esse dispositivo é nitidamente contrário ao estabelecido na Constituição de 1988 que preceitua o princípio da publicidade como fundamento essencial a ser observado nos atos emitidos pelas instituições estatais, excepcionada apenas “quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (BRASIL/1988), em comparação.

A Constituição do Império de 1824 trouxe dispositivo que afirmava que ninguém seria preso a menos que houvesse culpa formada, com exceções a serem previstas em lei. O Código de Processo Criminal de 1832, por sua vez, estabelecia o que seria a culpa formada e permitia a prisão antes de formação de culpa dos indiciados em crimes sem que fiança estivesse prevista, devendo ser decretada por autoridade legítima, com exceção da prisão em flagrante delito. A culpa formada prevista no Código de Processo Criminal de 1832 era composta pelo conjunto de provas originadas de documentos, perícias, oitivas e interrogatório.

Posteriormente, o Decreto nº 4824 de 1871 estipulava que antes de iniciada a formação de culpa ou qualquer outra diligência, o juiz, de ofício, o membro do Ministério Público, a autoridade policial ou o ofendido poderiam solicitar a prisão preventiva do réu indiciado por crime inafiançável, cuja necessidade seria determinada por meio da tomada de depoimento de duas testemunhas ou da confissão do réu. O Decreto 2110 de 1909 estendeu a possibilidade deste tipo de prisão para os crimes que permitem fiança, desde que o réu fosse vagabundo, não possuísse profissão lícita e domicílio certo. O Decreto 4780 de 1923 repetia a previsão do Decreto anterior (Prado, Luiz Regis; Diego Prezzi Santos/2018).

Com o Código de Processo Penal de 1941 (CPP), o momento da decretação da prisão preventiva foi ampliado, podendo ocorrer desde o início do inquérito policial até a conclusão da ação penal, com determinação pelo juiz, de ofício, requerimento do Ministério Público, pelo querelante ou por representação da autoridade policial.

O CPP de 1941 previa, ainda, a decretação de prisão preventiva de forma obrigatória para os crimes com pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos. Além do caso facultativo, para os crimes inafiançáveis com pena inferior a dez anos ou nos crimes afiançáveis caso o réu ou indiciado fosse vadio ou com identidade não comprovada, e em crimes dolosos afiançáveis por réu que já fora condenado com sentença em trânsito julgado por crimes de mesma natureza.

Nesse caso, a aplicação da prisão preventiva estava resguardada em critérios objetivos, como a quantidade de pena atribuída, a possibilidade de concessão de fiança e características do réu.

A lei nº 5349 de 1967 dá nova redação ao Código de Processo Penal e modifica justamente o capítulo que trata sobre prisão preventiva, tornou facultativa a decretação da prisão preventiva e ampliou as hipóteses de cabimento do instituto, que serão explicitadas adiante.

A lei nº 6416 de 1977 traz modificações ao Código de Processo Penal e ao Código Penal retirando, especialmente, a importância da afiançabilidade dos crimes e incluindo os crimes puníveis com prisão e detenção (Prado, Luiz Regis; Diego Prezzi Santos/2018).

Por fim, a lei nº 12.403 de 2011 modifica vários dispositivos do CPP, realizando alterações e inclusões ao capítulo III, que trata da prisão preventiva, cujos tópicos serão apresentados adiante.

### 3.2. PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS LEGAIS PARA A DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA

Atualmente, a prisão preventiva está regulamentada pelo Código de Processo Penal, entre os artigos 311 a 316 (abaixo mencionados), com pontuações necessárias para a sua respectiva compreensão, associadas a princípios e normativas constantes em outros diplomas legais ou na Carta Magna:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial (BRASIL/1941).

Neste dispositivo estão presentes os legitimados a decretar e a solicitar a aplicação da medida cautelar da prisão preventiva. Assim, é possibilitado que o juiz, no curso da ação penal, determine, de ofício, a prisão preventiva, permissão que acaba por mitigar o princípio do contraditório, pois apenas com as provas presentes no inquérito policial ou na ação penal há valoração da condição do réu e consequente decretação da medida.

Aliás, é *a contrario sensu* ao sistema acusatório que é o aplicado no Brasil que coloca o juiz na situação de sujeito imparcial do processo que só pode atuar diante da provocação das partes e não de ofício. Esta possibilidade coloca o juiz num limite entre a arbitrariedade, que por motivos externos ao processo pode decretar a prisão, e a real necessidade de sua aplicação.



Art. 312. A **prisão preventiva** poderá ser decretada como **garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal**, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. (*grifo nosso*)

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares ([art. 282, § 4º](#)) (BRASIL/1941).

O art. 312 traz as hipóteses de cabimento da medida cautelar, cujos aspectos a serem valorados são dotados de elevada abstração e de conteúdo indeterminado, que concedem ao juiz alto grau de discricionariedade ao avaliar a possibilidade de aplicação da prisão preventiva e que se encontra em tênue limiar com a ilegalidade/arbítrio da decretação e a necessidade.

O tópico de garantia da ordem pública será melhor abordado no tópico seguinte, mas tem sido aplicado diante de crimes graves, como sinônimo de realização de justiça e tem sido aplicado como um dos fundamentos de demonstração do *periculum libertatis* (JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais/2015).

As garantias de ordem econômica e da ordem pública são dotadas de indeterminação e amplitude tão vasta que corroboram para a compreensão de que são capazes de desvirtuar a natureza da prisão preventiva, podendo ser utilizado para atender os ensejos do magistrado e discriminar pessoas.

A conveniência da instrução criminal, por sua vez, se justifica em situações como a possibilidade de perda da prova, pois se o réu/indiciado permanecer solto, pode constranger testemunhas, conseguir eliminar provas, a depender de sua influência em relação aos sujeitos envolvidos no processo.

Com fins de assegurar a aplicação da lei penal, pois o réu pode vir a tentar fugir, como forma de evitar a prisão após a determinação de sua responsabilidade, bem como quando de crimes praticados com violência contra a mulher, por exemplo, para evitar que o agressor venha a querer vingar-se por suas ações estarem sendo investigadas.

Para a aplicação dos quatro requisitos mencionados é necessária, ainda, a prova do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, o primeiro se caracteriza por indícios de autoria e de materialidade do delito, enquanto o segundo se refere ao risco ao andamento do processo.

Por descumprimento do estabelecido para qualquer medida cautelar, pois o juiz estipula obrigações ao réu quando do andamento das investigações ou da ação

penal para o devido andamento do processo, podendo ser substituídas as obrigações, decretadas medidas cautelares diversas da prisão e apenas em último caso ser decretada a prisão preventiva.

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado).

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida (BRASIL/1941).

Enquanto que o previsto no art. 313 traz critérios mais objetivos para a aplicação da medida, caso da estipulação de sua aplicação a depender da vontade presente no momento da realização da conduta ilícita e pela quantidade de aplicação abstrata do crime, além do reincidente nos crimes com as características mencionadas no período anterior.

Como também em crimes contra pessoas que por sua condição de estágio evolutivo ou por motivos de gênero, nas relações domésticas e familiares, para a garantia da aplicação da medida protetiva necessária ao caso, com observância de dois importantes princípios previstos na Carta Magna, a garantia da vida que compreende o direito de se manter vivo e direito a uma vida digna. E a dignidade da pessoa humana que deve proporcionar a todos os seres sua dignidade enquanto ser humano com direitos inerentes a sua condição.

Ao fim, caso não seja possível a determinação da identidade civil do acusado, cuja situação de liberdade poderia prejudicar a posterior responsabilização do condenado pela prática de crime, nem seja capaz de produzir provas suficientes para a identificação, com a peculiaridade de cessa a prisão preventiva quando for provada a identidade do réu/investigado.

Art. 314. A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições previstas nos incisos I, II e III do caput do art. 23 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal (BRASIL/1941).

O art. 314 traz exceção à aplicação da medida em análise, caso o crime tenha sido praticado sob amparo de causa de exclusão de ilicitude, pois não haverá crime nesses casos e o réu será absolvido. As causas de exclusão são: estado de necessidade (prática para salvar-se de perigo atual que não provocou), legítima defesa (quem age para repelir injusta agressão atual ou iminente), estrito cumprimento do dever legal (segue os ditames previstos na regulamentação da profissão que exerce) ou no exercício regular de um direito (exerce de forma regular direito pessoal).

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada.

Art. 316. O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem (BRASIL/1941).

Os dois últimos dispositivos que regulam a prisão preventiva no CPP afirmam que para sua decretação resta necessário que a decisão judicial seja motivada, característica essencial que pretende que hajam ao menos indícios fortes de materialidade do delito e determinação da autoria do crime, sem o que, o Judiciário ficaria completamente desacreditado pela irregularidade de seus atos.

Ainda, é estipulado o princípio da provisoriedade da medida cautelar em debate, pois a menos que os motivos para a sua decretação persistam, não deve subsistir a prisão, sob pena de grave atitude contrária às leis penais e ao disposto na Constituição Federal, podendo ser redetretada caso os motivos que a ensejaram ou outros ensejadores venham a acontecer.

### **3.2.1 O Que Significa Garantia da Ordem Pública?**

De acordo com Aury Lopes Junior e Alexandre Moraes a origem do termo “ordem pública” remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazifascismo buscava uma espécie de autorização geral e aberta para prender os contrários ao

regime e às minorias que os governantes declararam guerra e dizimou durante a Segunda Guerra Mundial (JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais/2015).

O Direito é ramo da ciência que coloca como um de seus preceitos a regulamentação da sociedade, com a garantia de direitos e deveres. Com o desenvolvimento do Estado de Direito em que ao mesmo tempo que os criadores desenvolvem seus preceitos, estão submetidos a eles, há uma promessa de imparcialidade dos sujeitos responsáveis por garantir e dar continuidade ao que dispõe seu regramento.

Entretanto, tem se observado ao longo da história que por vezes o Direito é na verdade instrumento de dominação das classes sociais mais abastadas em relação à população mais pobre, em que os magistrados julgam diferentemente a depender da classe social e da cor do réu, uma verdadeira seletividade de aplicação da medida cautelar da prisão preventiva.

Em mapeamento realizado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, nos Estados de Minas Gerais, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo, foi analisada a relação prisão/liberdade *versus* raça/cor. Nos quatro Estados a população negra foi presa de forma majoritária, com a menor taxa em São Paulo, com 60, 28% e a maior em Pernambuco, com incríveis 92,39% de negros presos.

A ordem pública é frequentemente confundida, com claros objetivos:

O “clamor público”, tão usado para fundamentar a prisão preventiva, acaba se confundindo com a opinião pública, ou melhor, com a opinião “publicada”. Há que se atentar para uma interessante manobra feita rotineiramente: explorasse, midiaticamente, um determinado fato (uma das muitas “operações” com nomes sedutores, o que não deixa de ser uma interessante manobra de marketing policial), muitas vezes com proposital vazamento de informações, gravações telefônicas e outras provas colhidas, para colocar o fato na pauta pública de discussão (a conhecida teoria do agendamento) (JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais/2015).

A crítica que Aury Lopes e Alexandre Morais tecem no que diz respeito à utilização da “garantia de ordem pública” como requisito de aplicação da prisão preventiva diz respeito ao desvirtuamento da natureza de medida cautelar. E aqui infere-se um reflexo claro do DPI.

Além do que, a aplicação deste requisito tem estado intrinsecamente relacionada à repercussão do crime pela mídia ou pela opinião popular, que se reflete nos programas de televisão policiais que condenam os indiciados e realizam verdadeiras incitações ao crime.

No que tange à prisão preventiva em nome da ordem pública sob o argumento de *risco de reiteração de delitos*, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal. Além de ser um diagnóstico absolutamente impossível de ser feito (salvo para os casos de vidência e bola de cristal), é flagrantemente inconstitucional, pois a única presunção que a Constituição permite é a de inocência e ela permanece intacta em relação a fatos futuros (JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Moraes/2015).

Pontuação necessária é o argumento de que a garantia da ordem pública se relaciona ao risco de reiteração de delitos do réu (mais uma vez, manifesta característica do inimigo, segundo JAKOBS), numa verdadeira antecipação de fatos que podem vir ou não a ocorrer e numa contraposição ao princípio da presunção da inocência, atentando, na verdade, a uma verdadeira presunção de culpabilidade, presente no sistema inquisitório que não é o previsto no Brasil. Sobre isso, veremos exemplos no tópico a seguir.

### **3.2.2 Relativização das Garantias Processuais para fins de Prisão Preventiva: Semelhanças com o Dpi**

A prisão preventiva, como se verificou, tem sido decretada de forma excessiva e o principal motivo relaciona-se aos requisitos desta decretação, como exemplo a “conveniência da instrução criminal” que, a depender de como seja aplicada, pode refletir em arbitrariedade do juiz que aplique a medida.

Como o próprio Código de Processo Penal apresenta, em seu art. 282, §4º e 5º, a prisão preventiva deve ser aplicada apenas em último caso, sendo possível a liberação do réu, visto que caso seja necessária, tal medida poderá ser aplicada novamente.

Estes dispositivos refletem o princípio da provisionalidade que consiste em que a prisão preventiva está intimamente relacionada à situação fática que a decretou,

uma vez cessado o fato que ensejou a aplicação da medida, deve também a prisão ser revogada (SAIBRO, Henrique/2015).

Este princípio por si só tem o condão de, na ponderação de princípios, ser aplicado com prevalência em relação ao princípio da presunção da inocência, determinado pela Constituição Federal, em que ninguém será considerado culpado antes que tenha ocorrido trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Aliás, ainda que a prisão preventiva seja colocada como medida cautelar, não estando caracterizada como antecipação de pena, a depender do regime de pena aplicado ao réu, caso do regime semiaberto, ao menos neste regime o preso tem o direito de trabalhar externamente ao presídio e participar de cursos regulares. Ou seja, o preso preventivamente encontra-se em situação mais gravosa do que o condenado definitivamente.

Nos ensinamentos de Carnelluti:

as exigências do processo penal são de tal natureza que induzem a colocar o imputado em uma situação absolutamente análoga ao de condenado. É necessário algo mais para advertir que a prisão do imputado, junto com sua submissão, tem, sem embargo, um elevado custo? O custo se paga, desgraçadamente em moeda justa, quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente, e já sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se a prisão ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar falsas provas ou para destruir provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, lhe impossibilita de buscar e de proporcionar provas úteis para que o juiz conheça a verdade. A prisão preventiva do imputado se assemelha a um daqueles remédios heroicos que devem ser ministrados pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe um mal mais grave; quicá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia, e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas ah se este abusa dela!<sup>30</sup>

Conforme Aury Lopes e Alexandre Morais afirmam, para que a prisão preventiva seja decretada: “Deve o juiz demonstrar, com base na prova trazida aos autos, a probabilidade e *atualidade* do *periculum libertatis*” (JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Morais/2019). Logo, as provas constantes nos autos devem mostrar que é atual o perigo de manter o réu solto, não podendo haver juízo de possibilidades futuras, sob pena de nítida ilegalidade da medida adotada.

---

<sup>30</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*, v. 2, p. 75.

Nessa esteira, reportando-se à JAKOBS, podemos afirmar que a decretação da prisão preventiva a partir dos seus atuais fundamentos e finalidades é incompatível com o sistema adotado pelo Brasil no que diz respeito às garantias constitucionais. Isso porque, como se viu durante o discorrer dessa pesquisa, a própria caracterização da medida cautelar em questão é revestida de uma roupagem cujo tecido é fabricado pelo próprio Jakobs, metaforicamente falando. Sobre isso:

a prisão preventiva também nada significa para o imputado, mas frente a ele se esgota numa coação física. Isso, não porque o imputado deve assistir ao processo – também participa no processo uma pessoa imputada, e, por convicção, mas porque é obrigado a isso mediante seu encarceramento. Esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito – esta nem oculta provas nem foge- mas contra o indivíduo, quem, com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo.<sup>31</sup>

Não se distingue o postulado acima da fundamentação utilizada, em alguns casos, na decretação da prisão preventiva no Brasil. Aquele, considerado inimigo (em razão do suposto perigo oferecido), recebe a antecipação da pena através da supressão de suas garantias. Nesse sentido:

Apesar da clareza dessa distinção teórica, na prática, as diferenças entre a prisão como pena e a prisão como medida de cautela processual não são visíveis, tanto assim que o próprio legislador prevê a detração do tempo de prisão provisória (art. 42 do CP) e determina, além disso, a aplicação das normas de execução ao preso provisório (art. 2º, parágrafo único, da LEP).<sup>32</sup>

A fim de ratificar o que se narra supra, a respeito da decretação de prisão preventiva, vejamos as seguintes decisões do STJ:

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, RECEPÇÃO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DOS CRIMES. PERICULOSIDADE. ORGANIZAÇÃO. ORDEM PÚBLICA. INSUFICIÊNCIA DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. DEFICIENTE INSTRUÇÃO DO WRIT.

<sup>31</sup> JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 40.

<sup>32</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: FERNANDES, Og. (org.). Medidas cautelares no [Processo](#) Penal: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 19.

INOCÊNCIA. EXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. WRIT DENEGADO.

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, toda custódia imposta antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória exige concreta fundamentação, nos termos do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal. 2. Hipótese em que a custódia provisória foi decretada pelo Juízo de origem e preservada pelo Corte estadual, fundamentalmente, para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta dos delitos. Destacou-se a real periculosidade do paciente, diante do modus operandi e da participação em organização criminosa, o que indica a insuficiência de medida cautelar diversa. E a Defesa não instruiu os autos com cópia da denúncia ou outro documento que permita avaliar as circunstâncias dos crimes. 3. A alegação de inocência do paciente, sob o argumento de que estaria trabalhando no momento do crime, não pode ser examinada nesta via estreita do writ, em que vedada a análise aprofundada das provas produzidas. 4. Ordem denegada. (HC 311909/CE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 10/03/2015, DJE 16/03/2015)<sup>33</sup>

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REINCIDÊNCIA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. RISCO À ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PARECER ACOLHIDO. 1. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte, toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que tais. É esse o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 122.788/SP, Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 16/8/2010). 2. A reincidência do paciente aliada à quantidade de droga apreendida representam fundamentos idôneos para a prisão preventiva, tornando impossível sua substituição por outras medidas cautelares. 3. Ordem de habeas corpus denegada. (STJ - HC: 350068 SP 2016/0051555-0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 12/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/04/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. PRISÃO PREVENTIVA. REINCIDÊNCIA. REITERAÇÃO DA CONDUTA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. LIMINAR INDEFERIDA. PARECER ACOLHIDO. 1. Diz a nossa jurisprudência que toda prisão imposta ou mantida antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, por ser medida de índole excepcional, deve vir sempre baseada em fundamentação concreta, isto é, em elementos vinculados à realidade. Nem a gravidade abstrata do delito nem meras conjecturas servem de motivação em casos que

<sup>33</sup> Disponível em:

[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1389636&num\\_registro=201403334035&data=20150316&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1389636&num_registro=201403334035&data=20150316&formato=PDF)



tais. É esse o entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça (AgRg no HC n. 122.788/SP, Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, DJe 16/8/2010). 2. As instâncias ordinárias, ao manterem a custódia preventiva, fizeram-no com base na probabilidade concreta de reiteração da conduta delituosa, visto que o acusado é reincidente. Circunstância que demonstra sua insistência em permanecer na vida criminosa, a justificar a não revogação da prisão cautelar. 3. Recurso em habeas corpus improvido. (STJ - RHC: 56438 RS 2015/0025685-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 16/06/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2015)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTE ANTIGO. PEQUENA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. Embora a imposição da segregação cautelar encontre-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública, ante o risco concreto de reiteração delitiva, observo que, no caso, o antecedente criminal existente contra o Paciente é de 2013, no qual foi condenado pelo crime de tráfico privilegiado, tendo sido a pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. 2. Constatada, ainda, a apreensão de pequena quantidade de droga - 41 (quarenta e um) eppendorf's contendo cocaína, pesando aproximadamente 27,45g (vinte e sete gramas e quarenta e cinco decigramas) - a prisão preventiva mostra-se desproporcional no presente caso, devendo ser aplicadas medidas cautelares menos gravosas. 3. Ordem de habeas corpus concedida, para revogar a prisão preventiva do Paciente, ficando a cargo do Juízo processante a fixação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal que entender pertinentes. (STJ - HC: 474823 SP 2018/0274945-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 13/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/02/2019)

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE CONVERTIDO EM PREVENTIVA. QUANTIDADE RAZOÁVEL DA DROGA APREENDIDA. GRAVIDADE CONCRETA. PERICULOSIDADE SOCIAL. NECESSIDADE DA PRISÃO PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA.

1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do writ, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

2. É certo que a gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas não serve de fundamento para a negativa do benefício da liberdade provisória, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade de parte do art. 44 da Lei n. 11.343/2006 pelo Supremo Tribunal Federal.

3. Todavia, forçoso convir que as decisões do Magistrado de primeiro grau e o acórdão recorrido encontram-se fundamentados na garantia da ordem pública, considerando a razoável quantidade das drogas apreendidas - 1,90 gramas de maconha e 11,69 gramas divididos em 48 porções de cocaína, circunstância que demonstra a gravidade da conduta perpetrada e a periculosidade social do agente. 4. Habeas Corpus não conhecido. (HC 315957/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 24/03/2015, DJE 08/04/2015)

É diante desse cenário que os indivíduos envolvidos pelas expressões “reiteração delitiva” e “periculosidade do agente” alimentam a decretação da prisão preventiva.

Outra semelhança com o DPI a ser mencionada é aquela que diz respeito à antecipação de pena e à adoção da medida cautelar com fim punitivo que, por sua vez, acarreta no alargamento exorbitante da prisão preventiva. Nesse ponto, temos o seguinte caso, cuja prisão preventiva durou 7 (sete) anos:

Por ausência de contemporaneidade, o ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro considerou ilegal a prisão preventiva de um homem acusado de homicídio ocorrido sete anos antes do decreto prisional.

"A urgência intrínseca às cautelares, notadamente à prisão processual, exige a contemporaneidade dos fatos justificadores dos riscos que se pretende com a prisão evitar", justificou o ministro, com base na jurisprudência do STJ.

Segundo a denúncia, o homicídio aconteceu em 2009, após discussão causada pelo acidente entre uma motoneta e uma bicicleta. O condutor da motoneta atirou no ciclista, que morreu no local.

O Ministério Público apresentou a denúncia contra o acusado em 2013 e, mesmo sabendo da existência de outras ações penais contra ele, não pediu a prisão preventiva. No entanto, em 2016, o MP decidiu solicitar a prisão preventiva, a pretexto de assegurar a garantia da ordem pública.

O pedido foi atendido pelo juiz, que considerou o fato de o acusado ser apontado como autor de outros crimes graves, ocorridos depois do caso em análise.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-12/stj-afasta-prisao-preventiva-decretada-sete-anos-homicidio>.

Logo, não observar os fatos que justificam a prisão preventiva – que devem ser contemporâneos à decisão que a decreta –, por exemplo, é uma manifesta atuação contra o indivíduo considerado inimigo.

Sobre o atendimento ao clamor público, bem como à satisfação pública por um suposto combate à impunidade, temos, no Brasil, um exemplo de grande repercussão, qual seja, a decretação da prisão preventiva do ex-presidente da República, Michel Temer:

Sua prisão foi comemorada nas redes sociais entre grupos de todo o espectro político, da esquerda à direita – dado não tão surpreendente considerando que Temer apenas assumiu a chefia do poder Executivo após o impeachment da ex-presidenta Dilma Rousseff, terminou seu mandato com altos índices de impopularidade (4% de aprovação e 78% de reprovação) e foi chamado, pelo próprio juiz que decretou sua prisão, de “chefe de uma organização criminosa que atua no Rio de Janeiro há 40 anos”.

Entretanto, mesmo com tamanha impopularidade, a prisão de Michel Temer e, principalmente, sua celebração, foram criticadas por juristas de tradição progressista que as classificaram como expressão de um punitivismo, banalização e espetacularização que tem dominado a tônica da Justiça Penal brasileira.<sup>35</sup>

Conforme se observa, a decretação da prisão preventiva expressa clara manifestação do Direito Penal do Inimigo, mormente em relação as seguintes justificativas, presentes em ambos institutos: 1) combate à impunidade; 2) caráter punitivo; 3) periculosidade do agente; 4) reiteração delitiva; 5) garantia da ordem pública; 6) antecipação da pena; e, 7) satisfação pública.

---

<sup>35</sup> <http://www.justificando.com/2019/03/22/por-que-a-prisao-preventiva-de-temer-nao-deve-ser-comemorada/>

## 4. BREVES CRÍTICAS AO DIREITO PENAL DO INIMIGO

### 4.1 INCOMPATILIDADE COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*“(...) aquilo que pode denominar-se de Direito Penal do Inimigo não pode ser Direito.”<sup>36</sup>*

A frase acima é da autoria de Manuel Cancio Meliá, crítico ferrenho da teoria difundida por Jakobs. Para Cancio Meliá (2008), não é possível se reconhecer um Direito Penal do Inimigo, uma vez que este é controverso, sobretudo porque é um “direito” capaz de suprimir direitos.

Seguindo esse raciocínio, pode-se afirmar que o DPI nega expressamente o valor da dignidade da pessoa humana quando é possível o seu não reconhecimento.

Verifica-se, nesta passagem, que ao identificar a sua aplicação na legislação penal brasileira, há uma gritante incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, bem como com o Direito penal democrático (BITTENCOURT, 2014). Aquele, por sua vez, é o princípio frente aos fundamentos da Carta Constitucional Brasileira de 1988, previsto no artigo 1º, inciso III.

Desta feita, não se é possível vislumbrar que um indivíduo venha a ser tratado simplesmente como um objeto de direito e não como um sujeito de direito. Da mesma forma, tratar um criminoso como inimigo, suprimindo-lhe garantias fundamentais como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal é absolutamente contrário a um Estado Democrático de Direito que é guiado, principalmente, pelo princípio da dignidade humana. Aplicar ou reconhecer um Direito Penal do Inimigo é voltar ao período primitivo, é voltar à época da inquisição, cujo cenário punitivo é tortuoso, doloroso e inconcebível. Sobre isso:

a razão jurídica do Estado de Direito não conhece inimigos e amigos, e sim apenas culpados e inocentes, de modo que quando se fala em direito penal do inimigo se está a se falar de um oximoro, de uma contradição terminológica, a qual representa, de fato, a negação do direito penal: a dissolução de seu papel e de sua íntima essência.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, op. cit., p. 13.

<sup>37</sup> SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direito penal do inimigo e controle social no Estado Democrático de Direito. Jus Navegandi. Teresina, n. 1701, 27 fev. 2008. Disponível em:

Deve-se observar, além do mais, que o valor da pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer argumento totalitário, impondo-se limites ao direito de punir do Estado.

Extrai-se, nesse espectro, as seguintes críticas feita por Cancio Meliá, cuja síntese é da autoria de Luiz Flávio Gomes<sup>38</sup>:

- a) O Direito Penal do Inimigo ofende as Constituições dos Estados democráticos, pois estas não admitem que alguém seja tratado pelo Direito como mero objeto de coação, despido de sua condição de pessoa ou de sujeito de direitos.
- b) O modelo decorrente do Direito Penal do inimigo não cumpre sua promessa de eficácia, uma vez que as leis que incorporam suas características não têm reduzido a criminalidade.
- c) O fato de haver leis penais que adotam princípios do Direito Penal do inimigo não significa que ele possa existir conceitualmente.
- d) Os chamados "inimigos" não possuem a "especial periculosidade" apregoada pelos defensores do Direito Penal do inimigo, no sentido de praticarem atos que põem em risco a existência do Estado. A imponderação que esses "inimigos" produzem dá-se mais no plano simbólico do que no real.
- e) A melhor forma de reagir contra o "inimigo" e confirmar a vigência do ordenamento jurídico é demonstrar que, independentemente da gravidade do ato praticado, jamais se abandonarão os princípios e as regras jurídicas, inclusive em face do autor, que continuará sendo tratado como pessoa (ou "cidadão").
- f) O Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do direito penal do fato, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos (ou a "atitude interna" do autor).

Em suma, a lógica da guerra adotada pela teoria de Jakobs ocasiona excessos por parte do Estado, levando-se a um punitivismo exacerbado e desarrazoado, o que destrói diversos preceitos constitucionais, além de colocar em xeque o próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse ponto, ainda, importante é o olhar crítico de Raul Zaffaroni (2011) que afirma que ao admitir a figura do inimigo, identifica-se o traço característico do Estado absoluto, violador de direitos e garantias individuais, nos quais não se perfaz a

---

<https://jus.com.br/artigos/10989/direito-penal-do-inimigo-e-controle-social-no-estado-democratico-de-direito>. Acesso em 20 de abril de 2019.

<sup>38</sup> GOMES, L. Direito Penal do Inimigo (ou inimigos do direito penal). 2005, p.52.

existência de limites frente à atuação repressiva desempenhada pelas agências que compõem o denominado poder punitivo. Nesse aspecto:

A partir de uma visão estática do poder – ou seja -, da fotografia – é possível pensar que, se concedermos um espaço limitado ao direito penal do inimigo, ou seja, se entregarmos um grupo de pessoas ao poder conforme o modelo do Estado de polícia, e de forma limitada, as pulsões deste modelo cessarão. Todavia, não é isso que acontece na realidade dinâmica do poder, no qual todo espaço que se concede ao Estado de polícia é usado por este para estender-se até chegar ao Estado absoluto.<sup>39</sup>

É possível extrair, sob essa visão, que o sistema de direito penal de Jakobs é aberto no sentido de se vislumbrar vários canais para a instalação de um Estado autoritário. Se o Estado tem legitimidade para perseguir e punir – sem limites – terroristas, abre-se a oportunidade para que esse comportamento ou controle se repita frente a outros grupos de pessoas consideradas inimigas da sociedade ou da convivência harmoniosa social. Zaffaroni explica que:

o direito penal deve sempre caminhar para o ideal do estado de direito; quando deixa de fazê-lo, o estado de polícia avança. trata-se de uma dialética que nunca para, de um movimento constante, com avanços e retrocessos. na medida em que o direito penal (doutrina), como programador do poder jurídico de contenção do estado de polícia, deixe de cumprir essa função – isto é, na medida em que legitime o tratamento de algumas pessoas como inimigos -, renuncia ao princípio do estado de direito e, com isso, abre espaços para o avanço do poder punitivo sobre todos os cidadãos e, conseqüentemente, para o estado de policial. em outras palavras, cede terreno em sua função de contenção ou de dique em permanente resistência.<sup>40</sup>

Admitir que o Estado atue dessa maneira, é desvirtuar a finalidade do Direito Processual Penal e dos seus institutos, uma vez que:

o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com a impunidade, e, jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias

<sup>39</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 166.

<sup>40</sup> Id. Ibid., p. 172.

constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal).<sup>41</sup>

Por outro lado, não é possível especificar na legislação quem são os inimigos que, por sua vez, merecem tratamento diferenciado do sistema penal/criminal. Sobre isso, o próprio Jakobs é impreciso ao referir-se ao conceito de inimigo:

(...) indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.<sup>42</sup>

No bojo dessa imprecisão, o princípio da legalidade é desrespeitado em sua integralidade, uma vez que não é possível delimitar a conduta a ser incriminada pois busca-se punição direta à pessoa e pela pessoa, e não pelo ou ao fato. Ao considerar que os termos são vagos, possibilita a interpretação extensa e, por sua vez, discricionária da autoridade que venha a enquadrar ao fato praticado.

Outro olhar crítico a ser lançado acerca da teoria do DPI, inclusive em consonância com o instituto da Prisão Preventiva, é aquele que diz respeito à desproporcionalidade da pena e à antecipação exagerada da tutela penal. Embora a prisão preventiva não tenha caráter punitivo, sua decretação, ao ser reconhecida dessa maneira, abre margem pro alargamento dessa medida de maneira desproporcional e desarrazoada. Sobre isso, fazemos menção ao capítulo 2 deste trabalho.

Além da natureza simbólica do direito penal, nesses casos, uma vez que passa a ser aplicado a fim de aplacar ou servir como efeito sedante da população, tomadas de decisões que visam punir o agente pela periculosidade que apresentam excluem todo o caráter proporcional que essas medidas devem ter (GOMES, 2010).

Sob essa linha de pensamento, há de salientar, ainda, que não reprovamos a culpabilidade do indivíduo, mas sim o perigo que ele apresenta. Desta feita, a pena e

---

<sup>41</sup> LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 35.

<sup>42</sup> JAKOBS, Günther; MELIÁ, M. Cancio. Ob. cit., p. 35.

a medida de segurança deixam de ser realidades distintas, haja vista que para JAKOBS (2008), a pena se aplicaria ao cidadão e a medida de segurança ao inimigo.

Sobre isso, Luis Greco esclarece:

De um ponto de vista semântico, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que **não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo**. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu significado pragmático, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico. A rigor, podem-se almejar ao menos três finalidades com o conceito de direito penal do inimigo, o que levará a três conceitos de direito penal do inimigo.<sup>43</sup> (*grifo nosso*)

Desta feita, defender um Direito Penal do Inimigo, produto de um direito penal simbólico e do punitivismo, é contribuir para que haja a manifestação de políticas criminais de emergência, no qual o Estado utiliza-se de meios sedantes para tratar de uma anomalia social da sociedade contemporânea cujo fruto é a criminalidade desenfreada.

Ademais, é oportuno salientar que o nosso sistema penal, após a Constituição de 1988, na qual se construiu, dentre outras, a ideia de que o direito penal é um limitador ao poder punitivo do Estado, tem como alicerce postulados garantistas, cuja premissa basilar é proteger os direitos de primeira geração, fundamentando-se nos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Cidadã.

Considerando o apresentado supra, alinhado ao garantismo penal, as garantias constantes na Constituição Brasileira de 1988 são incompatíveis com o que se denomina, atualmente, de Direito Penal do Inimigo. Isso porque esse “polêmico fenômeno” enxerga o indivíduo como uma ameaça em potencial ao Estado, que deve ser contido ou aniquilado antes mesmo da prática delituosa, deixando de lado sua essência humana e não sendo considerado como sujeito processual. Nega-se o valor do ser humano, afrontando preceitos constitucionais internos e elencados em Tratados Internacionais, os quais Brasil é signatário.

Nota-se que o garantismo penal e o direito penal do inimigo são antagônicos, na medida em que o primeiro garante liberdades individuais, respeito e preservação aos direitos e garantias materiais e processuais, alicerçando-se nos princípios

---

<sup>43</sup> GRECO, Luis, Sobre o Direito Penal do Inimigo, Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7. 2005, p.225.



basilares de um estado democrático de direito; e o segundo despreza direitos inerentes a qualquer pessoa, visando a soberania absoluta do Estado, sob a justificativa de eliminação/diminuição da criminalidade.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do estudo desenvolvido no presente trabalho, evidenciou-se que a teoria de Jakobs é facilmente identificada na legislação penal brasileira, mormente no que diz respeito à decretação de prisão preventiva.

A pesquisa permitiu apresentar um panorama que agrega uma perspectiva sobre a aplicação de uma teoria alemã (teoria do Direito Penal do Inimigo) no processo de transição e expansão do direito penal da democracia brasileira.

Compreendeu-se que o direito penal tradicional tornou-se insuficiente para atender as várias tarefas que lhes são atribuídas. Daí que surge a teoria proposta por Jakobs enquanto resposta à necessidade de reduzir a criminalidade ou na tentativa de atender a demanda populacional por segurança, por exemplo.

Porém, conclui-se que a aplicação da teoria do Direito Penal do Inimigo coloca em xeque a importância e supremacia constitucional, bem como as garantias oriundas dela, ainda que seja a Constituição Federal a principal fonte do Direito punitivo, principalmente por se tratar da norma fundamental. Um claro exemplo é que o princípio da presunção de inocência não é respeitado.

Constata-se, por outro lado, a transição (ou retrocesso) de um Estado Social para um Estado Penal, que visa admitir a flexibilização de direitos e garantias fundamentais de determinadas pessoas – os inimigos.

O inimigo, por sua vez, é aquele que se afasta do Direito de maneira permanente e não oferece quaisquer garantias de que se manterá fiel a norma. A principal característica do indivíduo assim considerado é a periculosidade, que é demonstrada através do seu comportamento incompatível com o complexo normativo do meio em que vive e, por isso, só lhe cabe um tipo de tratamento: o de “guerra”.

O procedimento de guerra identificado é baseado em três elementos fundamentais do Direito Penal do Inimigo e característicos do instituto da prisão preventiva, quais sejam, a) o amplo adiantamento da punibilidade, b) penas previstas desproporcionalmente altas e c) garantias processuais suprimidas.

Nesse contexto, restou demonstrado através do capítulo referente ao instituto da prisão preventivas, as semelhanças entre ambos os institutos, quais sejam, que evidenciam a sua semelhança com o Direito Penal do Inimigo, a saber, o combate à impunidade; o caráter punitivo; a periculosidade do agente; a reincidência delitiva;

garantia da ordem pública ou da “pacificação social”; a antecipação (ampla) da pena; e, a satisfação pública frente a decisão que pressupõe uma falsa segurança.

Com se observa, ao adotar tais medidas, o ordenamento jurídico brasileiro divorcia-se do chamado direito penal democrático, negando brutalmente garantias que são inerentes a pessoa pelo simples fato de assim o ser. A inconstitucionalidade em estabelecer categorias de humanos é mínima frente à desumanização do outro.

A história e “evolução” das sociedades e civilizações não nos deixam dúvidas de que o inimigo, muitas das vezes, é assim reconhecido por um caráter subjetivo de quem “julga”.

Ao se reconhecer, de fato, a existência de “dois tipos de pessoas”, lança-se mão para que determinados grupos, mormente os considerados vulneráveis, sejam alvo dessa legislação de guerra e, por consequência, de extermínio. E isso é muito mais veemente em países periféricos, como o Brasil.

Isso porque, como ficou demonstrado, o que se combate não são os fatos, mas sim os sujeitos. Não visa resolver a causa, mas a consequência, o efeito. Os próprios fins do sistema punitivo são equivocadamente revertidos e andam em descompasso com todas as conquistas históricas – seja dentro ou fora do campo jurídico (aqui, a teoria dos sistemas de Luhmann faz sentido!) até então alcançadas.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martim Clarets, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial (vol. 4)**. 3ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20ª Ed. Revista, Ampliada e Atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

BONHO, Luciana Tramontin. **Noções Introdutórias sobre o Direito Penal do Inimigo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1048, 15 maio 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8439/noco-es-introdutorias-sobre-o-direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em: 30 de abril 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal: Decreto lei nº 3689 de 1941**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Decreto de 23 de maio de 1821**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM-23-5-1821.htm)>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei nº 5349 de 3 de novembro de 1967**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/1950-1969/L5349.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1950-1969/L5349.htm)>. Acesso em: 27 de abril de 2019.

DIAS, Augusto Silva. **TORTURANDO O INIMIGO OU LIBERTANDO DA GARRAFA O GÊNIO DO MAL? SOBRE A TORTURA EM TEMPOS DE TERROR**. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 71, jan. 2012 – abr. 2012. p. 235-276.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Paulo Silas Taporosky. **O Embuste da Preventiva logo após o Relaxamento do Flagrante**. Canal Ciências Criminais: 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/258627648/o-embuste-da-preventiva-logo-apos-o-relaxamento-do-flagrante>>. Acesso em: 29 de março de 2019.

FILHO, Paulo Silas Taporosky. **Prisão Preventiva como Injustiça Necessária? O Ponto de Vista de Ferrajoli**. Empório do Direito: 10 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/prisao-preventiva-como-injustica-necessaria-o-ponto-de-vista-de-ferrajoli-por-paulo-silas-taporosky-filho>>. Acesso em: 29 de março de 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Medidas cautelares e princípios constitucionais**. In: FERNANDES, Og. (org.). Medidas cautelares no [Processo](#) Penal: prisões e suas alternativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal do Inimigo (ou Inimigos do Direito Penal)**. Conteúdo Jurídico: 2010. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,direito-penal-do-inimigo-ou-inimigos-do-direito-penal,29698.html>>. Acesso em: 25 abril de 2019.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal Tradicional versus “Moderno e Atual” Direito Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo, n. 42, p. 236- 241, jan./mar. 2003.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **Audiências de Custódia: Panorama Nacional**. Open Society Foundations: Gestão 2016/2018. Disponível em: [http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm\\_uploads/2017/12/sumarioexecutivo\\_web2.pdf](http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/dlm_uploads/2017/12/sumarioexecutivo_web2.pdf)>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la Imputación**. 2ª Edición. Marcial Ponz: 1997.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Trad. Maurício Antonio Ribeiro.

JAKOBS. ZStW, vol. 97, 1985, pp. 751ss., p. 783; idem, nota 18. pp. 51ss.; idem. In: Hsu, Yu-hsiu (org.). **Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure**. Staatlich Strafe: 2003, pp. 41ss.; idem, op. cit, pp. 40ss.

\_\_\_\_\_. MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas**. Organização e tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Moraes. **Crise de Identidade da “Ordem Pública” como Fundamento da Prisão Preventiva**. Conjur: 6 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-06/limite-penal-idade-ordem-publica-fundamento-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

JUNIOR, Aury Lopes; DA ROSA, Alexandre Moraes. **O Caso do Ex-presidente Michel Temer e a Distorção da Prisão Preventiva**. Conjur: 29 de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-29/limite-penal-michel-temer-distorcao-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. Lopes. Barueri: Manole, 2003.

MORAES, Alexandre Rocha de Almeida. **Direito Penal do Inimigo: A Terceira Velocidade do Direito Penal**. 22ª Ed. Curitiba: Juruá, 2008.

NUNES, Julio Cezar Sanches. **A (In) Constitucionalidade da Garantia da Ordem Pública como Requisito para a Decretação da Prisão Preventiva**. Jus: fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/72099/a-in-constitucionalidade-da-garantia-da-ordem-publico-como-requisito-para-a-decretacao-da-prisao-preventiva>>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

PRADO, Luis Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: Parte Geral. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

PRADO, Luiz Regis; SANTOS, Diego Prezzi. **Prisão Preventiva: a Contramão da Modernidade**. 1ª Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RANGEL, Paulo, **Direito processual penal**. 28ª ed.- São Paulo, Atlas, 2018.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal**. Tradução de Luís Greco. Renovar: 2002.

SAIBRO, Henrique. **A Provisionalidade das Medidas Cautelares**. Canal Ciência Criminais: 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/220922804/a-provisionalidade-das-medidas-cautelares>>. Acesso em: 29 de abril de 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. Traduzido por Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito Penal do Inimigo e Culpa Jurídico-Penal: O Problema da Responsabilidade pelo Livre-Arbítrio**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

ZAFFARONI, E. Raul. **O inimigo no Direito Penal**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.